

ドイツにおける一般秩序行政の法体系

著者	島田 茂
雑誌名	甲南法学
巻	61
号	1-4
ページ	65-94
発行年	2021-03-31
URL	http://doi.org/10.14990/00003704

ドイツにおける一般秩序行政の法体系

島 田 茂

はじめに

わが国の警察法関係の体系書や教科書では一般に「警察法」（あるいは「警察行政法」）というタイトルが用いられているが、ドイツでは「警察法」のあとに「秩序法」という語が入れられて「警察法並びに秩序法（Polizei- und Ordnungsrecht）」というタイトルがつけられた書物をよく目にする。しかし、「警察法」はともかくとして、この「秩序法」という用語は我々にとってなじみ深い言葉とはいえない。本稿では、この「秩序法」の意義を明らかにしたいと考えているが、その理由は2つある。

その1つは、秩序法は、実質的な意味での警察法（危険防除法）の一部を構成しており、その法体系の内容を知っていなければ、少なくとも戦後ドイツ警察法の組織と権限の体系の全体像を正確に把握することができないからである。もう1つは、自治体行政との関係である。秩序行政を実際に担うのは連邦や州の行政機関ではなく、郡、特別市、市町村等の自治体である。そして、一定の条件が満たされれば、自治体が地域の事務を処理するために必要な規制権限を秩序法から調達することが認められているのであって、この意味において、秩序法は、警察法と地方

自治法の接点に位置する法として捉えることもできる。

わが国でも市民生活の安全の確保や地域社会の秩序の維持のための施策の多くが警察と基礎的自治体である市町村によって行われている。それ故、ドイツにおける秩序法の構造を知ることは、わが国の地域行政における警察と市町村との間の役割分担と協力の関係について法的な検討を加える場合にも有益であると考えられる。

I 「秩序行政」および「秩序法」の意義

「秩序行政（Ordnungsverwaltung）」は、危険防除の活動から執行警察（Vollzugspolizei）を除いた行政活動領域を指す概念である。⁽¹⁾ 営業活動や建築行為の規制、食品の製造・販売の規制、交通規制などが「秩序行政」の範疇に入れられる。旧プロイセン警察法理論では、建築警察、衛生警察、経済警察のような、他の行政作用の一環として行使される狭義の意味の行政警察（Verwaltungspolizei）と、集会の規制、外国人の出入国の規制のように、他の行政作用とは独立して、警察＝危険防除を目的とする作用のみで行政の一分野を構成する保安警察（Sicherheitspolizei）の作用との区別がなされていたが、「秩序行政」の概念は、この両方の警察行政領域を包摂する。⁽²⁾

秩序行政を担う行政庁は、一般に「秩序官庁（Ordnungsbehörden）」と呼ばれる。しかし、各州の実定法では、それぞれ異なる名称が用いられている。たとえば、バイエルン州やザクセン＝アンハルト州では、「保安官庁（Sicherheitsbehörden）」、ヘッセン州では「危険防除官庁（Gefahrenabwehrbehörden）」、ニーダーザクセン州では「行政官庁（Verwaltungsbehörden）」の語がそれぞれ用いられている。さらに、バ

（１） V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl., 2013, S. 224.

（２）「保安警察」の概念については、田上稷治『警察法〔新版〕』（有斐閣、1983年）44頁以下参照。

バーデン＝ビュルテンベルク、ブレーメン、ザクセン、ザールランの各州では、旧プロイセン警察法の制度的枠組みが継受され、危険防除の任務に当たる官庁は「警察官庁 (Polizeibehörden)」と呼ばれている。

法律の規定に関していえば、ノルトライン＝ヴェストファーレン州、ブランデンブルク州、テューリングゲン州では、警察法律とは別に、秩序行政に関する固有の法律が存在するのにたいして (分離方式)、ヘッセン州、ラインラント＝プファルツ州では、警察と秩序官庁との組織的分離を前提にするものの、それらの任務と権限は1つの法律にまとめられている (混合方式)。⁽³⁾ 1931年プロイセン警察行政法と同様に「警察官庁」概念を継受するバーデン＝ビュルテンベルク、ブレーメンなどの州では、実定法において、「秩序行政」ではなく、「警察」の語が用いられていることから、危険防除の任務のもとで制度 (警察官庁) と機能 (警察作用) の一致がみられる (統一方式)。

このように、秩序行政に関する法律上の用語や体系については、州によって違いがみられ、ドイツ全体で統一的な実定法上の規律がなされているとは必ずしもいえない状況にある。ただし、警察執行機関 (Polizeivollzugsdienst) と一般行政官庁 (allgemeine Polizeibehörden) (秩序官庁) の権限 (あるいは組織) を区別して規律する点では共通している。バーデン＝ビュルテンベルク州やブレーメン州のように、1つの法律で危険防除の権限とそれを担う組織を統一的に規律している州でも、この点については変わらず、執行的任務を遂行する警察機関と一般行政官庁として危険防除の任務を担う警察官庁の組織および権限の違いには注意が払われている。⁽⁴⁾

(3) 同法の内容と制定過程については、島田茂『警察法の理論と法治主義』(信山社、2017年) 1頁以下参照。

(4) このように、ドイツの各州の現行実定法では統一的な名称が存在しない状況にあるが、本稿では「秩序行政」あるいは「秩序官庁」という、関連文献で一般

秩序行政を規律する固有の法律（以下、「秩序法」という）は、もっぱら、それぞれの個別の専門的行政領域において制定された法令（以下、「個別法令」という）の規律から外れる事項について規制する場合に適用される。この意味において、秩序法は、個別法令との関係においては補完的な機能を果たすのにすぎず、個別法令で規律された専門的行政領域への一般危険防除法の限定的・補充的な導入を可能にすることにその主たる役割を見出すことになる。

秩序行政は、危険防除の行政であるとともに、専門的行政領域（保健衛生行政、営業規制行政、建築規制行政等）の一部をなす。専門的行政領域のなかで危険防除の性質をもつ行政作用が秩序行政であるということもできる。秩序行政は、伝統的な「行政警察」の観念を基礎にしてつくられているが、実質的意味の脱警察化が進行した現代の規制行政を警察（危険防除）行政として一面的に把握することはできない。たとえば、建築規制は市民の生命・財産への危害の防除の観点だけからなされるのではなく、良好な生活環境、都市の美観の確保・形成といった積極・福祉目的のためにも行われる。建築規制の理由・目的は多様化し、かつその内容も複雑なものとなっている。また、危険防除ではなく、計画行政に組み込まれて実施される建築規制もある。秩序法は広範かつ多様化した個別領域的規制行政について危険防除の側面だけに焦点を合わせて規制する法として捉えることができる。

以下の考察では、分離方式を採用するノルトライン＝ヴェストファーレン州の秩序法⁽⁵⁾を中心にしてみていくことにするが、「警察官庁」「危険

に用いられている呼称を使用することにする。

- (5) ノルトライン＝ヴェストファーレン州の秩序法の正式の法令名は「秩序官庁の組織と権限に関する法律（Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden）」であり、同法律を文献等で引用する場合には一般に「秩序官庁法（Ordnungsbehördengesetz）」（OBG）という呼称が用いられている。

「防除官庁」「保安官庁」等の異なる官庁名を用いている州においても、また、秩序行政について独自の実定法をおかず、執行警察とともに1つの法令で定める方式を採用する州においても、それぞれの官庁の組織や権限の基本的な構成や内容を見るかぎり、同州における秩序官庁と大きく変わるものではない。⁽⁶⁾

II 秩序官庁の組織

ノルトライン＝ヴェストファーレン州の秩序法（秩序官庁法（OBG））で規定されている一般秩序官庁（allgemeine Ordnungsbehörden）には、地方秩序官庁（örtliche Ordnungsbehörden）、郡秩序官庁（Kreisordnungsbehörden）および州秩序官庁（Landesordnungsbehörden）がある。そして、地方秩序官庁としては市町村（Gemeinde）が、また、郡秩序官庁としては郡（Kreis）と特別市（kreisfreie Stadt）、州秩序官庁としては県行政府（Bezirksregierung）が挙げられている（§ 3 nwOBG）。秩序行政については、市町村、独立市等の自治体が実際の行政活動を行うことになるが、一般秩序官庁としての自治体が行う行政事務の多くが、州（あるいは連邦）の委任事務あるいは指示に基づく義務的事務として位置づけられており、この点からみても、警察行政＝国家（州）の事務、秩序行政＝自治体の事務といった単純な図式は成立しない。ドイツでは19世紀後期から現在に至るまで「危険防除」は国の事務であるという確固とした国家警察権の論理が確立しており、警察と秩序行政の制度的区

(6) なお、本稿の表題では「一般秩序行政」の語が用いられているが、この用語は秩序法（あるいは警察法）が規定する一般秩序官庁（あるいは一般警察官庁）が同法に定められた権限を行使する場合の行政活動を意味する。一般秩序行政は、ドイツでは、個別法令によって特別な危険防除の任務が与えられる特別秩序官庁（後述）の行政活動と区別する意味で一般的に用いられている。本稿における特別秩序官庁の権限への言及は、一般秩序行政の任務と権限を論述するのに必要な範囲内にとどめる。

分もこの前提を崩すものではない。秩序行政における自治体の役割の重要性にもかかわらず、それが「危険防除」の行政作用として理解される以上、この行政領域における自治体の活動は国家（州）の指揮・監督のもとで行われねばならないという制度上の前提から逃れることはできない⁽⁷⁾。秩序行政の主要な部分は、建築、廃棄物処理、営業、環境保護等の別々の分野の個別法令で規定されており、また、これらの事務については、それぞれの専門官庁が、その内部部局において処理している。個別法律によって与えられた様々な秩序行政の事務を統一的に処理する秩序行政のみを司る専門官庁は存在しない。

「秩序官庁」の概念は、伝統的な意味の「警察官庁」の概念と同様に、実質的な意味の警察（危険防除）の観念を前提にしてつくられた行政組織上の概念である。各州の担当部署、郡、市町村等が一般秩序官庁としての権限を行使する。危険防除の権限の遂行は、個別法令の規定がないかぎり、連邦の事務には入らないので（Art. 87 GG）、連邦には一般秩序官庁は存在しない。

他方、秩序行政の事務は、秩序法以外にも、建築、廃棄物処理、営業、環境保護等の個別行政分野の法令でも規定されている。これらの事務については、それぞれの専門官庁が特別秩序官庁として、その内部部局において処理している。

「特別秩序官庁（Sonderordnungsbehörden）」とは、廃棄物規制法、建築規制法、公害規制法等の法領域において個別法令の定めるところによって危険防除の任務と権限を与えられた行政庁をいう。一般秩序官庁

(7) Götz, a.a.O., S. 225. ただし、バイエルン州では、純粋に地域的な内容に有する秩序行政の事務については自治体固有の事務（自治事務）として取り扱われている（Gallwas/Mössle/Wolff, Polizei- und Sicherheitsrecht, 3. Aufl., 2004, Rdnr. 105 ff.）。このように、警察は州の事務に属するという前提が実定法上採られているのにたいして（§ 1 nwPOG）、秩序行政については、自治体の自治事務として捉えられる余地もまた認められている。

の権限と特別秩序官庁の権限とが抵触する場合には、特別秩序官庁の権限が優位する。特別秩序官庁は、危険防除の任務についての個別法令に権限が存在しない場合、また個別法令で完結的な規制がなされていない場合には秩序法に基づき活動することが認められている。一般秩序官庁とは異なり、特別秩序官庁については、たとえば、水利・水運局、航空安全監督官庁、連邦物流局、税関刑事局、連邦憲法擁護局などのように、州だけでなく、連邦レベルにおいても存在する。集会法、道路交通法、武器法等の個別法令に基づき危険防除の任務を遂行する場合には、警察も特別秩序官庁となる点に注意を要する。

一般秩序官庁の組織的規律の内容は州によって異なるが、ノルトライン＝ヴェストファーレン州では、一般秩序官庁の組織は秩序官庁法で規律されている (§§ 3, 7 nwOBG)。同法によると、地方秩序官庁の任務については市町村（市町村長）、郡の秩序官庁の任務については郡（郡長（Landrat））と独立市（上級市長（Oberbürgermeister））が担うことになる。州の秩序官庁としての職務の遂行は県行政府が担当する。郡長は、州の下級官庁として郡に所属する地方秩序官庁を監督し、県行政府長官は、州の秩序官庁としての職務ともに、独立市と郡の秩序行政を監督する。また、県行政府長官は郡に所属する市町村との関係においても監督権を有する。

なお、秩序官庁としての市町村や独立市の執行的勤務を担う自治体の組織として、秩序局（Ordnungsamt）⁽⁸⁾がおかれている。その活動範囲はかなり広い。たとえば、違法駐車への対処、地域の静穏の維持と騒音クレームへの対処、違法なゴミの投棄への対処、自宅周辺の除雪義務者への指導のほか、安全な市民生活を守るための食品や日用品の販売・流通の監視や動物虐待への対処など極めて広範囲にわたって市民生活に関与する権限を有している。違法（あるいは不適切な）行為の是正の指導や

(8) Vgl. Liskén/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl., 2012, S. 152.

指示あるいは法令に規定された反則金の賦課・徴収等は秩序局の職員の職務となるが、具体的な命令・強制を内容とする措置をとる必要があるような場合には警察の対応に委ねられることが多い。⁽⁹⁾

Ⅲ 秩序官庁の権限

秩序法を有する州では、秩序官庁の権限として、秩序処分 (Ordnungsverfügung) と 秩序官庁の命令 (ordnungsbehördliche Verordnung) (以下、「秩序命令」と呼ぶ) を概括的な要件のもとで規律している (§§ 14 Abs. 1, 27 Abs. 1 nwOBG)。秩序法をもたずに警察法のなかで統一的に「警察官庁」の権限として規律している州についても、この点に関しては基本的に変わらない (§§ 10 Abs. 1, 48, 49 bremPolG, §§ 3, 10 Abs. 1 bwPolG)。

ワイマール期から第二次世界大戦後にかけてプロイセン警察法の概括的授權原則に対抗して個別的授權原則の妥当性を主張してきたバイエルン州⁽¹⁰⁾でも、現在では、秩序官庁 (保安官庁) の発する処分に関しては、その要件に一定の限定を加えつつも、概括的授權規定の適用を認めている (§ 7 Abs. 2 bayLStVG)。

ただ、ノルトライン＝ヴェストファーレン州等の秩序法をみると、秩序官庁の権限規定をまとめた章の表題では「秩序処分」の語が用いられているが、その処分権限の根拠規定 (§ 14 nwOBG) では「秩序処分」ではなく、「必要な措置 (die notwendigen Maßnahmen)」という文言が取り入れられている。この「必要な措置」のなかには、秩序処分のよう

(9) ノルトライン＝ヴェストファーレン州の州都であるデュッセルドルフ市の秩序局の組織と権限については、河島修一「ドイツにおける秩序違反行為への対応について」警察政策22巻355頁以下参照。

(10) 南ドイツ＝バイエルン警察法における個別的授權論の展開については、島田・前掲書20頁以下、97頁以下参照。

な法律行為だけでなく職務上の質問、警告、即時的執行等の事実行為も含まれるが、多様な活動形式の代表的な例として秩序処分を取り上げて「秩序官庁の権限」の章の表題として掲げたものと考えられる。

いずれにしても、秩序法は、秩序官庁の権限を、行政処分（秩序処分）と法規命令（秩序命令）の権限を中心に規律しているので、以下でも、この2つの行為形式を中心にして秩序法の権限体系の仕組みをみていくことにしたい。

（一）秩序処分

「秩序処分」とは、秩序官庁の発する行政処分をいう。秩序処分は法令の定める要件・手続に基づいて発せられる必要があるが、法令上の授権の形式に着目した場合、執行警察機関の処分と同様に、それが一般的な概括的授権規定にその法的根拠を求めることができる点において、その他の行政領域における行政処分との相違点が認められる。

第二次世界大戦後に行われた警察（秩序）法の体系的整備の過程において、バイエルンを除く各州の立法者に大きな影響を与えたのは1931年プロイセン警察行政法の実在である。多くの州は、このワイマール末期に制定された警察法律の枠組みに準拠して警察（秩序）法の体系的整備を進めたが、その際、同法14条1項の概括的授権規定も、その文言に必要な修正が加えられたうえで、バイエルン州を除き、戦後の各州の警察（秩序）法のなかに取り入れられることになった。

警察（秩序）法上の概括的授権規定とは、要するに、公共の安全と秩序を保護する観点から危険の防除のために必要な措置をとることを行政機関に包括的に授権する規定のことである。後で述べるように、秩序官庁が概括的授権規定に基づき（法規）命令を制定するときには抽象的危険の存在が要件となるが、秩序処分については具体的危険、すなわち個々の状況のもとにおいて認められる損害発生 of 十分な蓋然性が必要になる。このように、秩序官庁は、個別の権限規定が存在しない場合でも、具体

的危険が存在すれば、秩序法の定める実体法上の要件（比例原則、警察責任の原則等）のもとで必要な処分等の措置をとることができる。

具体的危険は、個々の事例において存在する法益侵害の単なるおそれや可能性を意味するものではなく、合理的な判断方法を用いることによって個々の事例において認識され得る法益侵害の発生の十分な蓋然性を意味する。ある事態を放置していれば将来何らかの事件や事故に至るおそれがあるというだけでは具体的危険の存在は認められない。たとえば、避妊具を路上自販機で販売しようとした者にたいして秩序官庁が秩序法上の概括的授權規定を用いて禁止した事例があるが、この事例において、連邦行政裁判所は、この種の営業活動が青少年の保護・育成に悪影響を与えとしても、秩序法上の保護法益にたいする具体的な危険があるとは認められないとして当該処分が違法であると判断した。⁽¹¹⁾これは、路上自販機での避妊具の販売が青少年の性犯罪等の法益侵害行為に至る具体的危険を否定した判例として注目される。

また、ケルン市内で行われる予定の路上カーニバルでのガラス製の飲料容器の持ち込み・使用を禁止した一般処分の違法性が争われた事例でも、ケルン行政裁判所は、カーニバルでのガラス製の飲料容器の持ち込みや使用を認めることによって傷害等の犯罪の発生に至る可能性を全く否定できないとしても、その可能性だけで秩序法上の具体的危険の存在を認定することはできないとして当該処分は違法であると判示した。⁽¹²⁾

(11) BVerwGE 10, 164. ただ、この判決が下されたのは1960年のことであり、現在の時点で同様の案件が連邦行政裁判所に持ち込まれた場合に同裁判所が同じ判断を下すかは定かではない。また、近くに学校等の教育施設や教会等の宗教施設があった場合には異なる結論に至るのかという点に関しても本判決は明らかにしていない。同裁判所は、この論点についても言及しているが、このような事実関係を本件については認めることができないので判断しないと述べている。

(12) VG Köln, 20L88/10. 同裁判所は、「単に警察法ないし秩序法上の監督を容易にするための処分は認められないというのが警察法および秩序法の一般原則であ

他方、このような伝統的な危険法理の枠組を重視する裁判例にたいして、概括的授權規定に基づき処分が行われた状況や実質的な処分理由等を勘案したうえで当該処分を行った秩序官庁の判断の妥当性を承認した裁判例もある。ケルン市のガラス製飲料容器持ち込み等禁止処分事件の上訴審であるミュンスター上級行政裁判所の判決もその1つであり、この判決で、同裁判所は、ケルン市の提示した、過去に行われた路上カーニバルで排出された大量のガラス製飲料容器と壊れた容器の破片の路上での散乱状態を示す記録に基づいて本件処分についても具体的危険の存在を認定することができる⁽¹³⁾と判断した。

秩序処分が概括的授權規定に基づいて発せられるのは当該処分を直接根拠づける個別権限規定がないからである。ケルン市のガラス製飲料容器の持ち込み等禁止処分も、そのような事例であり、秩序官庁が規制の必要があると判断したにもかかわらず、その時点では当該規制を法的に正当化する個別規定が設けられていなかった。このような状況のもとで秩序法上の概括的授權規定が処分の法的根拠として用いられることになったが、秩序法上の概括的授權規定に処分の根拠を求めるには要件として具体的危険の存在が求められる。カーニバルの場合において参加者同士の間で暴力的な衝突が発生するおそれが認められるような場合に暴力的衝突による被害の拡大を予防するために秩序局の職員が当事者の行動を制止するとともに彼らの所持するガラス製飲料容器を取り上げるなどの緊急の措置を秩序法上の概括的授權規定に基づき行うことは具体的危険の要件を充足する措置としてみることができる。しかし、そのような危険な状況の発生を予防するためにガラス製飲料容器の持ち込みそのものを禁止する処分を発することは、一種の危険配慮的措置であり、概括的授權規定により許容される危険防除の措置とみなすことは困難である。

る」と述べている。

(13) NWVBl. 2010, S. 360.

しかし、その一方において、ミュンスター上級行政裁判所が示したように、規制の対象となる場所の特性、過去の記録等を参照することによってガラス製飲料容器の持ち込み等による被害発生拡大の具体的なおそれを認定することができれば、具体的危険の存在を理由として秩序法上の概括的授權規定に基づく処分を発することも許容されることになる。

いずれにしても、個別法令による授權とは別に概括的授權という授權形式を実定法で明示的に承認している点においてドイツ警察法および秩序法の特徴の1つを見出すことができる。そして、この概括的授權規定に基づく秩序官庁の処分については、(具体的)危険、比例原則、警察義務者(責任)等の伝統的な警察権統制法理の拘束を受けることになるが (§§ 15 ff. nwOBG)、特に危険概念は、次に述べる秩序官庁の制定する命令も含めて、警察(秩序)法上の措置にたいする法治主義的統制の要となる要件概念であり、1931年プロイセン警察行政法が効力を有していた時代と同様に、今日においてもなお危険防除法である警察(秩序)法上の権限規定の解釈において重要な役割を果たしていることに留意すべきである。

(二) 秩序命令

ノルトライン＝ヴェストファーレン州の秩序法は、秩序命令について、「公共の安全または秩序」にたいする危険の防除のために命令を発することができる」と規定するだけで、それ以上の実体法上の要件を付加していない (§ 27 Abs. 1 nwOBG)。このような、秩序命令の制定についての概括的な授權規定は、バイエルン州を例外として、ほとんどの州で取り入れられている。⁽¹⁴⁾

(14) バイエルン州の秩序法 (bayLStVG) では、命令制定の根拠を個別的に規律する方式が採られている (§§ 12 ff.)。また、バイエルン法の影響を受けて制定されたテューリンゲン州の秩序法 (thürOBG) では、概括的授權規定 (§ 27) と個別の授權規定の両方がおかれている (§§ 39 ff.)。

概括的授權規定に基づき発せられる秩序処分と秩序命令の実体法上の要件の相違点は、単純かつ明確である。⁽¹⁵⁾すなわち、秩序処分は、具体的危険の存在を要件とするのにたいして、秩序命令は抽象的危険の存在を要件とする。具体的危険と抽象的危険を区別する基準に関しては、連邦行政裁判所が、「抽象的危険は、損害発生の蓋然性の程度によってではなく、危険予測の基点（Bezugspunkt）または……観察の方法によって具体的危険とは区別される」と述べている。同裁判所によれば、「具体的危険は、評価対象となる個別具体的な事例について近い将来において損害の発生が十分な蓋然性をもって予測される場合に認められるのにたいして、抽象的危険は、特定の行為様式や状況についての一般的・抽象的な考察によって、個別状況において損害の発生することが十分な蓋然性をもって結論づけられ、よって一般的・抽象的な規範、つまり法規（Rechtsatz）によって当該危険に対処する契機が存在する」場合に認められる。⁽¹⁶⁾

警察法の場合と同様に、秩序法においても、個別の権限規定があれば、概括的授權規定ではなく、この個別権限規定が優先適用される。2002年7月に、闘犬等の危険犬の所有者に他種の犬の所有者より厳しい管理義務を与えるのは、危険防除ではなく、危険配慮のための措置となるので秩序法上の概括的授權規定の適用は認められないという連邦行政裁判所の判決が下された。⁽¹⁷⁾そして、この判決を契機として、各州では闘犬等の特定の危険種犬について特別法を制定したり、既存の秩序法に個別規定を設けるなどの立法措置が講じられた。このような特別法や秩序法上の

(15) 命令の形式について、ノルトライン＝ヴェストファーレン州の秩序法は、当該命令が秩序命令であることを示す表題、および命令の根拠規定、適用区域、公布日、命令を発布した官庁等を確認できる規定をおくことを命令制定者である秩序官庁に求めている（§ 30 nwOBG）。

(16) ドイツの警察（秩序）法上の危険概念については、米田雅宏『「警察権の限界」論の再定位』（有斐閣、2019年）202頁以下参照。

(17) BVerfGE 116, 347.

個別規定が設けられた場合、そこで規定された危険種犬の飼育・管理等については秩序法上の概括的授權規定の適用はなくなり、同規定は、危険防除の権限の範囲内で、もっぱらそれ以外の犬種の飼育・管理について適用されることになる⁽¹⁸⁾。

連邦秩序違反法（OWiG）では、「一般市民に嫌がらせや危険を及ぼし、公の秩序を損なうおそれのある粗野で不適切な行為を行う者」は、秩序違反として、他の法令に定めがないかぎり、罰金刑に処せられる（§ 118）。この規定で処罰の対象にされ、また秩序命令によって規制されるのは、通行人等にまわりつき執拗に金銭等の提供を求める迷惑行為であって、人の通行の邪魔にならないところで静かに物乞いをする者はその対象とはならない⁽¹⁹⁾。貧困者の生活状況をみせないことによって通行人等に不快感を与えないようにすることは秩序命令の目的とはならない。地域における平穏な共同生活の保持という一般的公益は「公共の秩序」概念に包摂され、秩序命令の保護の対象となるが、公共の場でのホームレスや物乞いの存在そのものは、この意味での「公共の秩序」の利益を侵害するものとはみられない。ホームレスや物乞いをする者が「危険」または秩序違反法上の「迷惑」をもたらす行為を実際に行ったときに、秩序官庁（秩序局）の職員が現場において指導・勧告したり、状況によっては命令・禁止等の処分を行うことになる⁽²⁰⁾。

(18) Vgl. F. Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, in F. Schoch(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2018, S. 235.

(19) たとえば、ケルンの道路交通に関する秩序命令（KStO）では、禁止される物乞いの行為を「アグレッシブな物乞い」として捉え、目的を達成するために通行人の身体に触れたり、通行を妨害したり、お金等を提供するよう執拗に求める行為を例示として挙げている（§ 12）。なお、同命令では、路上売春についても規定されており、法令で規定された市内の特定の区域内において売春の目的で通行人に接触を試みる行為も禁止されている（§ 13）。

(20) Schönenbroicher/Heusch, Ordnungsbehördengesetz Nordrhein-Westfalen

路上飲酒に関しても同様のことがいえる。キオスクやスーパーでお酒を購入し、通行人の邪魔にならない場所で静かに飲酒するだけなら誰にも迷惑にならず法的にも問題とはならない。路上飲酒は、それが暴力的犯罪等に至るおそれが経験則上確認できないかぎり、警察（秩序）法上の危険状態（抽象的危険）には当たらないとするのが行政裁判所の基本的な考えである⁽²¹⁾。アルコール飲料で酔っぱらった状態で通行人等に迷惑をかける行為が犯罪や秩序違反であると認められた場合には警察や秩序官庁の取締まりの対象となる。また、路上で酔っぱらって迷惑行為をしている者がいると通行人や住民から通報があった場合には警察官や秩序局の職員が現場に赴きその場で制止・注意等の必要な措置がとられることになる。しかし、そのような飲酒による違法行為や迷惑行為が実際に行われている状況においてなされる具体的措置と、行政機関が、路上飲酒について一般的に禁止する規範を定立するのとでは法的な論点も異なってくる。この点に関しては、ニーダーザクセン上級行政裁判所の2012年11月30日の判決が注目される⁽²²⁾。

ゲッティンゲン市は、2012年5月に、ニーダーザクセンの「公共の安全と秩序に関する法律」(Nds. SOG) 55条1項に基づき、同年6月から翌年元日まで効力を有する命令を発し、同市の特定の道路につき区間214メートルにわたり、土曜の夜から日曜にかけて、また祝日に路上で飲

(Kommentar), 1. Aufl., 2014, S. 341 f. 1962年に制定された連邦生活扶助法(BDHG)は、ホームレスを更生の目的で長期にわたり司法刑務所(Justizvollzugsanstalt)に拘禁する措置を認めていたが、連邦憲法裁判所は、1967年の憲法異議に関わる判決で、「国家は、市民を改善する(bessern)権利をもっておらず、また、彼らが自分自身や他の人を危険にさらすこともないのに、ホームレスということだけで彼らの自由を奪う権利を有するものではない」と述べ、この措置を定める同法の規定を違憲であると判断した(BVerfGE 22, 180(219 f.))。

(21) VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 28. 7. 2009. Vgl. Bespr. Hecker, NVwZ 2010, S. 359.

(22) NdsVBl. 2013, S. 68.

論 説

酒することを一般的に禁止する命令を発した。これにたいして、市内在住の弁護士である原告が、この命令は同法55条1項の規定に違反すると主張して行政裁判所に出訴した。

同法55条1項の規定は、市町村、郡等の行政団体は「抽象的危険を排除するために命令を発布することができる」と一般的に定めるだけで、具体的にその要件を定めていない。そこで、同規定が定める「抽象的危険」の内容を確定することが同命令の解釈・適用上必要になってくるが、被害発生 of 十分な蓋然性の存在を抽象的危険の認定の際の要件として求める伝統的な危険法理の視点からすれば、路上飲酒と通行人等への具体的な危害の発生のおそれとの間に十分な因果関係的予測（蓋然性）が成立するののかという点が疑問となってくる。路上で酒を飲み通行人等にたいして乱暴な言葉で執拗に迫ってくる者がいないとはいえないとしても、そのことだけで路上飲酒を一般的に禁止することはできない。

しかし、ニーダーザクセン上級行政裁判所は、命令の対処となる地域には「パーティマイレ（Partymeile）」と呼ばれる若者中心の路上パーティが週末から長時間にわたって頻繁に行われ、酒に酔った参加者の騒ぎ声やゴミの投棄で付近住民の睡眠や生活環境に無視できない悪影響を与えていることを理由に命令制定の適法性を認めた。同裁判所は、当該命令の適用区域が限定されていること、またその効力の存続期間が比較的短いこと、規制される側の利益と被害者である住民側の被る不利益とを比較した場合、保護利益としての重要性において後者が勝ることなどを当該命令の適法性の判断理由として挙げた。

このようにニーダーザクセン上級行政裁判所は、結果的に本件秩序命令の適法性を認めたが、当該判決については、単なる路上飲酒だけでは抽象的危険は認められないものの、それに特定の条件が付加されれば抽象的危険の認定が可能となり、これによって当該禁止命令の適法性が認められる余地が生じることを明示した点において注目される。路上での
(甲南法学'21) 61-1・2・3・4-80 (80)

飲酒については、それが認められることによって通行人や付近住民に具体的な不利益を与える可能性（Möglichkeit）は生じるとしても、具体的な被害に至る蓋然性（Wahrscheinlichkeit）までは認められない。路上飲酒の行為自体を禁止する命令の制定は、危険防除を目的とする作用ではなく、危険配慮、すなわち「リスク管理」の問題となり、この命令制定の根拠を秩序法上の概括的授權規定に求めることはできず、別途に特別法を制定するか、秩序法自体に特別の規定をおくことによって、その法的根拠を創設しなければならぬ⁽²³⁾。しかし、他の地域には認められない当該地域の地理的な状況、あるいは、その地域での過去の路上飲酒者による被害状況等の付加的な要件事実の存在が別途示されたならば、当該禁止命令の法的正当性を導く被害発生予測＝「十分な蓋然性」が認められることはあり得る。ニーダーザクセン上級行政裁判所は、以上のような判断過程を経て結論として路上の飲酒禁止命令の適法性を認めたが、これは、路上カーニバルへのガラス製飲料容器の持ち込み等を禁止する一般処分を適法なもの判断した前記ミュンスター上級行政裁判判決の論旨と基本的に同じものである。

IV 秩序官庁と警察の関係

秩序官庁および警察の任務は、大きく分けて、①危険防除、②執行援

(23) さらに、鳩の糞に含まれる病原菌が空中に飛散しそれを吸収した人の肺で増殖し病気を引き起こすおそれや、鳩の鳴き声による住民被害、鳩の糞による人家の屋根や道路の汚損を防止するために、鳩への餌やりを禁止する秩序命令を制定する自治体も増えている（Schönenbroicher/Heusch, Kommentar, S. 348 f.）。連邦憲法裁判所は、鳩への餌やりを基本法2条1項で保障される一般的行為自由として捉え、鳩への餌やりがもたらす住民の健康・財産や公共施設への被害との関係で制限されることがあってもそれは違法ではないという判断を示している（BVerfGE 54, 143）。

助、③個別法令によって付与された事務（以下、「個別事務」という）の3つに区分されるが、③の個別事務に関しては、州や自治体の制定する個々の法令に従って両機関の職務範囲が決められることになる。⁽²⁴⁾

これにたいして、①の危険防除の任務に関しては、基本的に、警察の活動は秩序官庁の活動にたいして補完的（subsidiär）な役割を担うものとされている。すなわち、警察は、秩序官庁では対応できない事態が生じた場合、あるいは、それが可能であっても適宜の対応が困難である場合に自の責任において行動する権限と責務を有する（§ 1 Abs. 1 Satz 3 nwPolG）。秩序官庁も、他の一般行政庁の危険防除に関わる事務の執行につき当該行政庁の機関が適宜に対応できなければ暫定的に必要な対応措置を講じる権限と責務を与えられているが（§ 6 nwOBG）、秩序官庁は危険防除の事務を処理する一般的な権限主体として位置づけられているのにたいして、警察は、危険状態への対処が急を要する状況にあり、秩序官庁やその他の一般行政庁では必要とされる即時の対応をとることが困難な状況にあるときに暫定処置を講じることをその主たる責務とする。

また、警察は、直接強制的権限の執行につき秩序官庁から援助を求められたとき（執行援助の申出）には、原則として、これを受け入れる義務が課せられている（§ 2 nwOBG）。特定の秩序官庁が直接強制を実施する際に相手方の抵抗が予想され、秩序官庁の職員だけではこれに十分に対応することが困難な場合には警察官の同行を求めることができる。この秩序官庁の申出に基づく警察の執行援助の制度も警察の秩序官庁に

(24) たとえば、ノルトライン＝ヴェストファーレン州の警察組織法（POG）では道路交通の監視は郡警察官庁の任務として規定されているが（§ 11 Abs. 1 Nr. 3 nwPOG）、同州の秩序法では、警察の権限を侵さないかぎりにおいて秩序官庁（秩序局）が違法駐車、信号無視、速度制限違反など道路交通法違反の取締まりを行うことを認めている（§ 48 Abs. 2 nwOBG）。

たいする補助的活動の1つに数えることができる。⁽²⁵⁾

このように、警察の職務は、危険防除の事務としては犯罪の予防的制圧（将来の犯罪の予防と訴追配慮）、個別事務として、犯罪捜査、道路交通規制、危険物の取扱いなどが主たる職務となり、秩序官庁が担う危険防除の事務との関係では補完的な職務を担うことになる。ドイツでは危険防除の事務処理における警察と秩序官庁の違いが、しばしば、警察行政は「現場型（vor Ort）」、秩序官庁は「机上型（vom Schreibtisch aus）」という言葉で表現されており、警察活動については、制服を着た外勤職員⁽²⁶⁾、迅速性、事実行為を中心とする活動、口頭、行為形式および手続における柔軟性等が、また秩序行政については、内勤職員、画一的・形式的事務処理、行政処分等の法的行為、書面主義等がそれぞれの行政活動⁽²⁷⁾を特徴づける一般的なメルクマールとして挙げられている。

たとえば、誰の目から見ても重大な健康被害をもたらすおそれのある食料品の販売が実際になされているにもかかわらず、本来の権限を有する行政庁の介入をまっていれば遅きに失するような状況が生じている場合には警察は暫定的に介入する。⁽²⁸⁾危険防除の事務の本来の権限主体が秩序官庁であるとするならば、当該行政機関が適切に対応できないような例外的な状況において緊急の対応措置をとるのが危険防除の機関として

(25) 一般的にいて秩序官庁の職員には強制措置の権限はなく、その必要が生じた場合には警察に連絡して警察がその権限事項として処理することになるが、ヘッセン州のように、秩序官庁（秩序局）の職員にも警察官が有する直接強制の権限の一部を認めている州もある（§ 63 HSOG）。なお、ヘッセン州の独立市であるフランクフルト市では、道路交通規制等の特定の警察任務の補助執行を担う機関として、警察官と同様の権限を行使できる組織（市警察（Stadtpolizei））が設けられている（§ 99 hessSOG）。

(26) ただし、秩序局の職員のように現場での事務処理を担う者は、自らの所属を示すために警察官の制服に似た上着を着用して活動している。

(27) Kingreen/Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl., 2020, S. 30 f.

(28) Schönenbroicher/Heusch, Kommentar, S. 82.

の警察の職務となる。

V 秩序行政の法理と危険防除の法理

ドイツにおける秩序法の生成のきっかけは、戦後のドイツ警察法の歴史的な展開のなかに求めることができる。秩序法の創設に大きな影響を与えた歴史的な契機としては以下の2点が特に注目される。その1つは、旧プロイセン警察法の実定法体系の基本構造の継承であり、他は、戦後改革の一環として行われた脱警察化によってつくられた制度的枠組みの維持である。

旧プロイセンの警察実定法制度の基礎は、1931年プロイセン警察行政法によって結実したということができる。この法律は19世紀後半のプロイセンの行政裁判所の判例と学説の展開に伴って形作られてきたドイツ警察法の体系を実定法化した法律であり、また、第二次世界大戦終了後の新たな警察実定法秩序の構築の際にも、その基点に位置づけられた法律である。戦後まもなくして各州において着手された新たな警察実定法制度の整備が進展するのに伴って同法を直接適用する州は少なくなっていくが、同法の基本的な枠組みは多くの州の新しい警察法律にも受け継がれた。戦後の新たな警察実定法制度に継受された旧プロイセン警察法の制度的枠組を本稿のテーマに関連する点に限って列記すると、さしあたり、①危険防除法としての警察（秩序）法の体系化、②国（州）の事務としての警察行政の位置づけ、③⁽²⁹⁾概括的授權原則の継受、④「具体的危険」と「抽象的危険」を基軸とする危険概念の重視、⑤警察比例の原則、警察義務（責任）の原則等の伝統的な警察統制法理の継受の5点を挙げることができる。

他方、西側占領軍政府の主導によって実施された戦後の警察制度改革

(29) プレーメン州の警察実定法は、危険防除は州の事務であると明言している (§ 63 Abs. 1 bremPolG)。

の影響に関していえば、脱警察化＝行政警察の解体と「警察」の執行警察への限定を挙げることができる。第二次世界大戦後、ドイツでは、既存の警察組織の解体と警察の任務および権限の縮減を内容とする制度改革が実施された。それまで内務行政の領域において強い権限を有し、その中心的な存在にあった既存の警察組織が解体されるとともに、その任務と権限の多くが他の専門的行政機関に移され、犯罪捜査等の司法警察上の権限と交通規制等の個別法令で認められた若干の行政権限以外には、警察は、緊急を要する事態が生じたようなときに即時的に対応する任務を一般的に担う執行的行政機関としての役割を与えられることになった。

警察制度の民主化、警察権の地方分権化、行政警察の脱警察化という占領軍政府の基本方針に従って抜本的な警察制度改革が実施された点では、ドイツとわが国は同様の状況にあったということができる。戦後ドイツの西側占領地区において戦後改革の主導権を握ったのは戦勝国である英米であることから、警察制度についても、大陸法系の制度の継続的再構築ではなく、もっぱら、ドイツにおいては異質な存在であった英米法系の制度を範として改革が行われた。この大陸型警察制度から英米型警察制度への転換については両国において消極的ないし批判的な見解が出されたが、特にドイツにおいては、戦後の占領軍政府による警察制度改革は、ナチス政権の成立前のドイツ警察法にたいする占領軍政府の無理解によるものとして「警察官庁」概念に基づく統一的な警察組織の構成の復活を求める見解が出された。⁽³¹⁾

しかし、現場における危険防除の活動を主たる任務とする警察執行機関と危険防除に関わる一般事務（警察実務の企画・運営、命令の制定、許認可処分の発給等の職務）を担う警察（秩序）官庁との制度的区別は、戦後の警察制度改革の成果として各州の警察実定法制度に継受された。

(30) ここでは西側占領地区（特に英米占領地区）に限定して述べる。

(31) 島田・前掲書88頁以下参照。

バーデン＝ビュルテンベルクやブレーメンのように、旧プロイセン警察法の伝統に従って「警察官庁」概念を用いる州の実定法においても、「警察官庁」の用語は、「警察 (Polizei)」の下位概念として、もっぱら危険防除の一般事務を担う機関を示す概念として使われ、現場における危険防除の活動を担う警察執行機関とは区別されて規律されている点に留意しなければならない⁽³²⁾。

他方、ノルトライン＝ヴェストファーレン、ブランデンブルク、テューリンゲン等の州は、「警察官庁」概念を放棄し、また、警察法の適用範囲を、もっぱら執行警察を任務を担う行政機関の活動に限定しており、この点において、戦後改革＝脱警察化の路線に忠実な立法政策を展開しているようにもみえる。しかし、これらの州の秩序法 (nwOBG, bbgOBG, thürOBG) における「秩序官庁」も、警察 (警察執行機関または執行警察) とともに「危険防除」の任務を担う行政機関として位置づけられており、危険防除という国家の任務を担う行政機関という位置づけがなされている点ではバーデン＝ビュルテンベルク州やブレーメン州の警察実定法で使われている「警察官庁」概念と変わらない。

このように考えるならば、「警察官庁」概念を基軸とする危険防除法という伝統的なドイツ＝プロイセン型の警察実定法の体系が、各州の警察実定法にみられる組織と権限の規律の相違にもかかわらず、今日でもなおドイツ警察 (秩序) 法全体の基本的枠組みを形作っており、この点において、秩序行政 (官庁) と警察行政 (官庁) あるいは警察 (秩序) 行政 (官庁) と執行警察 (警察執行機関) の制度的な区別も、実質的な意味での警察法体系 (危険防除の法体系) を前提にした組織的区分にすぎないということもできる。

しかし、他面において、伝統的な危険防除の法体系が基本的に自由主義的な性格を有していることから、秩序法制度が、実際に自治体等の行

(32) §§ 1, 59 bwPolG, §§ 1 Abs. 1, 64 bremPolG.

政機関が秩序官庁として行っている活動の実態に即応しているのかという点が問題となってくる。たとえば、伝統的な警察法＝危険防除法における「危険」概念のもとでは、公共の安全と秩序にたいする危害の生じる単なる可能性ではなく、当該危害が生じる「十分な蓋然性」の存在が行政権限の発動の要件として求められる。「十分な蓋然性」が求められる点は、具体的危険だけでなく、秩序命令の要件となる抽象的危険でも同じである。特定の行為態様や状況が公共の安全と秩序にたいする危害の発生に至る要因となることが経験則上十分な蓋然性をもって認められる場合に秩序命令の制定は認められる。しかし、実際には、このような公共の安全と秩序にたいする危害の発生の十分な蓋然性の要件を充足しているのかどうか疑わしい場合に発せられる命令も存在する。

たとえば、天灯を空に上げる行為が火災の原因となることからそれを禁止する命令の違法性が争われた裁判例があるが、このような行為については、経験則上、警察（秩序）法上の危険を確認することが容易である⁽³³⁾。しかし、路上での売春目的での声かけや飲酒、あるいは鳩への餌やりを禁止する命令の実体法上の要件を伝統的な警察法上の危険概念で無理なく包摂できるかは疑問となる。危険概念が包摂することのできる事実がどの範囲にまで及ぶかを精確に確定することが困難であることは否定できないとしても、2001年の売春法（ProstG）改正によって原則として法的に許容された売春行為⁽³⁴⁾の路上での勧誘行為が警察（秩序）法上の「危険」の存在の認定に必要となる法益侵害の発生の十分な蓋然性の要件を充足するものであるかは問題となる。また、鳩への餌やりによって鳩が増殖し、その結果生じる大量の鳩の糞によって付近住民の健康被害が生じることになるという一般的な推論を提示することによって警察

(33) 連邦行政裁判所は天灯上げを天灯の落下地点での火災のおそれを理由に禁止する命令を合憲であると判断した（NJW 2018, S. 325）。

(34) Vgl. § 1 ProstG.

（秩序）法上の抽象的危険の存在を認定することができるのかという点も疑問である。見方によっては、このような抽象的な推論でもって抽象的危険の存在を導き出すのではなく、鳩への餌やりの禁止を住民の健康への配慮に基づく規制措置として素直に捉え、概括的授權ではなく、個別授權の要件の設定を別途求めていく考え方のほうが立法政策論としても筋が通っているように思われる。

市町村や特別市が秩序官庁としての立場において取り扱う事務は、地域の衛生、静穏、安全等の地域住民の生活環境の保全に関わる事務が中心である。わが国では、これらの事務は、自治体が、国の法令等に基づく委任条例と自主条例で対処するのが一般的であるが、ドイツでは、自治体の自主立法権の行使も「行政権」の行使の一形態として捉えられ、法律の留保の原則の適用を受ける結果、自治体が自主立法権を行使して住民の権利・自由を制限することについてはわが国以上に制限されている。⁽³⁵⁾ 市町村等の自治体が秩序命令の制定に依拠する理由の1つは、このような自治体に認められた自主立法権の制限的な状況にあるのかもしれない。自治行政における法律の留保の原則と警察（秩序）行政における国家警察権の原則は自治行政の法律への依存度を増す契機となる。住民の権利・自由の規制には国（州）の法律の根拠を必要とするという法律の留保の原則と、危険防除の任務は国（州）の事務であるという国家警察権の原則を前提にするかぎり、地域の多様な課題に対処する自治体はその任務を遂行するために必要とする規制権限を個別法令のなかに見出せない場合には、警察（秩序）法上の抽象的・一般的な概括授權規定にその法的根拠を求めざるを得ない。

このように、警察（秩序）法のなかにおかれた概括的授權規定は、地域的諸課題に対処する自治体にとって、法律の留保の原則や危険防除に

(35) ドイツにおける自主立法権の状況については、渡邊互「ドイツにおける条例制定権の限界に関する理論状況」名城法学67巻3号1頁以下参照。

ついでに州の権限を侵すことなく、地域事務の処理のために必要となる規制権限を調達することができる手法として重要な意味をもつことになる。しかし、自治体が地域の課題に対処するために警察（秩序）法上の概括的授權規定を用いる場合、権限行使の要件として法益侵害の発生の「危険」の存在が求められることになる。伝統的な警察法上の危険概念のもとでは、主観的な不快感や軽微な不利益はその保護法益から除かれ、一定の強度をもった法益侵害のおそれが客観的に認められることが危険認定の条件となる。さらに、将来の災害に備えての防護服や機器の調達あるいは危険が発生したときに必要となる緊急の連絡先リストの作成の義務づけなど将来に起きるかもしれない危険を想定して行われる「危険配慮」の措置も危険防除の措置とは認められない。

危険および警察義務者の法理等の伝統的な警察法上の統制法理は、本来、すぐれて自由主義的な性格を有しており、権限発動の抑制と規制の相手方の自由の保護を重視する一般法としての性格を有する。しかし、このような危険防除法の有する自由主義的性格と自治体が規制措置を講じる目的とは必ずしも整合的な関係にあるとはいえない。空中に点灯を上げる行為や人の身体に一定のダメージを与えるレーザー銃を使った野外での戦闘競技の規制措置⁽³⁶⁾のように、それを危険防除の措置として捉えることが比較的容易なものもあるが、路上での飲酒や通行人にたいする売春婦の声かけ、公園での鳩への餌やりの禁止のように、一般的な経験則や具体的な事実から法益侵害の発生の十分な蓋然性を認めることが困難な事例も存在する。問題となるのは後者の事例であり、このような事例

(36) 相手方の身体に一定のダメージを与えるレーザー光線銃を利用した戦闘型競技を禁止する処分について、連邦行政裁判所は、この種のゲームに内在する暴力軽視の傾向とそのような傾向の社会一般の価値観にたいする悪影響に着目して当該ゲームは警察（秩序）法上の「公共の秩序」に違反すると判断した（BVerwGE 115, 189）。

において、どのようにして「危険」を認定することができるのかという点が裁判所でも中心的な争点の1つになる。同概念についての伝統的な解釈に変更を加えないとするならば、結局、規制を必要とする地域の特性等の付加的な要考慮事項を提示することができるかどうか「危険」の認定において重要な論点になってくる。しかし、このような付加的な考慮事項の提示を十分に行うことができない事例については、結局、危害の発生の十分な蓋然性という伝統的な危険概念の本質部分に実質的な変更を加えることが不可避となり、その結果、危険防除法である警察（秩序）法の伝統的な法治主義的構造そのものが変質（あるいは空洞化）していく可能性もまた指摘することができるようになる。

おわりに

一般秩序行政は、警察行政（執行警察）と並んで危険防除を目的とする行政活動として位置づけられる。「危険防除」は、人の行動や物の状態によって惹起される、社会公共にたいする危険を回避し、あるいはその危険を縮減させるための活動を意味するが、ドイツでは、この危険防除の任務は、警察官庁と秩序官庁によって遂行される仕組みが採られている。わが国でも「公共の安全と秩序の維持」は、警察実定法上の概念として取り入れられている（警察法1条、2条）。そのなかには、ドイツ警察（秩序）法でいうところの危険防除の任務も含められることになるであろう。ただ、わが国では、「公共の安全と秩序の維持」という言葉は、「警察法」という題名を有する実定法で定められた特定の行政組織の任務を示す役割を有するものであって、実質的な意味での特定の行政作用を示す概念としては用いられていない。また、ドイツの警察（秩序）法では、「危険防除」の概念は規制行政の授權形式（概括的授權）と不可分の関係にあり、そこから危険概念が、理論的な体系的整理概念としての意味にとどまらず、行政作用を規律する実定法の実践的解釈のレベルに（甲南法学'21）61-1・2・3・4-90（90）

においても極めて重要な意味をもつことになる。このように「危険」という概念が実定法の解釈において直接的かつ重要な意味をもたされる点でも、わが国とは事情を異にする。⁽³⁷⁾

「秩序行政」あるいは「秩序官庁」の用語あるいは制度は、ドイツのすべての州で用いられているわけではない。すでに述べたように、バイエル州では、「秩序行政」や「秩序官庁」の語の代わりに「保安行政」や「保安官庁」の語が用いられている。「秩序官庁」の語を用いず、「警察官庁」の概念を用いて統一的に「警察法」という題名の法律で危険防除法を規律するバーデン＝ビュルテンベルク等の州では、「警察」は危険防除の任務を司ることがまず明示されたうえで (§ 1 bwPolG)、「警察の組織」として警察官庁と警察執行機関の両機関の任務と権限が規定されている (§ 59)。この場合の「警察官庁」は、分離方式を採用する州では「秩序（保安）官庁」とされている行政機関もまた広く包摂する内容の概念として捉えられている。他方、分離方式を採用するノルトライン＝ヴェストファーレン州の警察組織法と警察作用法では、もっぱら執行警察機関の組織・任務・権限等が規律される。これらの法律でも「警察官庁」について規律されているが、ここでの「警察官庁」には「秩序官庁」に該当する一般行政官庁は含まれず、個別法令に基づく職務以外ではもっぱら執行警察の任務を遂行する行政機関が規律の対象とされている。⁽³⁸⁾

(37) このことは、わが国の警察法研究では危険概念の分析は重要な意味をもたないということを意味しない。わが国の警察法制度を分析にするにあたって危険概念が重要な意味を有することはすでに何人かの論者によって指摘され、また実際に分析も行われている（須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』（法律文化社、2010年）104頁以下、米田・前掲書189頁以下）。わが国においても、制度上の警察の作用を法的に検討する際には危険概念の分析が極めて重要な意味をもつ。しかし、このことは、実定法制度として概括的授權規定を取り入れているドイツの警察（秩序）法の場合と同じ意味ないし局面において、この概念がわが国でも問題とされるべきであるということの意味しない。

郡に属する市町村の位置づけに関していえば、ノルトライン＝ヴェストファーレン等の分離方式を採る州では、「警察官庁」として位置づけられるのは郡警察（郡および特別市）までで、市町村は警察（組織）法の対象から外され、（地方）秩序官庁として危険防除の職を担うことが予定されている。

他方、秩序法を導入していないバーデン＝ビュルテンベルク等の州では、市町村は「地方警察官庁」として危険防除法に関わる一般的な権限を有し⁽³⁹⁾（§ 66 Abs. 2 bwPolG）、さらに、その権限を市町村の執行動務職員（秩序局の職員）に行わせることもできる（§ 80）。

このように、危険防除の任務を担う市町村の位置づけに関していえば、バーデン＝ビュルテム州とノルトライン＝ヴェストファーレン州の間では、警察官庁としての作用であるのか、それとも秩序官庁としての作用であるのかという点での違いはあるが、市町村が地域における危険防除

(38) ノルトライン＝ヴェストファーレン州の警察官庁には、警察官の教育・研修に関わる活動を行うとともに、警察官の勤務に関わる事項に関して幅広く郡警察官庁を監督する権限も有する州教育・研修並びに人事担当局（LAFP）、犯罪の解明・予防、犯罪に関わる情報の収集・分析等を任務とする州刑事局（LKA）、危険防除に関わる事項についての内務大臣への情報提供や意見具申、警察の装備・情報通信技術の改善、警察官の動員や道路等の交通規制の方針等の警察事務を幅広く扱う州中央警察事務局（LZPD）がある。他方、郡警察官庁には、少なくとも1つの独立市を含む警察管轄区の警察長官（Polizeipräsidenten）と警察機関としての郡長（Landrat）がおかれるが、警察機関として活動する郡長は国の機関とされる（§ 2 Abs. 1 nWPOG）。以前は、内務省の下部機関である県行政府が郡警察を監督する役割を担ってきたが、2007年に実施された同州の警察制度改革によって県行政府の郡警察にたいする監督制度は廃止された。

(39) 統一方式を採るバーデン＝ビュルテンベルク州では、「警察官庁」は「一般警察官庁」と「特別警察官庁」に分けられる（§ 61 bwPolG）。一般警察官庁は、州の上級警察官庁（関係大臣）、州警察官庁（県行政府）、郡警察官庁（郡および独立市）、地方警察官庁（市町村）に分類される。特別警察官庁とは、危険防除の任務にあたる一般警察官庁以外の官庁をいう。一般警察官庁には、建築、廃棄物、水質保全等の行政領域において危防防除の任務を担う一般の行政官庁も含まれる。

の任務の遂行ための執行的権限を行使する点では基本的には変わらない。⁽⁴⁰⁾したがって、市町村等の自治体が行う危険防除の活動については、それが警察行政なのか、それとも秩序行政なのかということよりも、自治体の行う規制行政を「危険防除」という伝統的な警察法上の任務と権限の枠組みのなかで捉えることが妥当なのかという点のほうがより重要な論点となる。

個別法令の規定が危険防除の権限を自治体に与えているのであれば、自治体は当該法令に基づき危険防除の活動を行うことになるが、個別法令による授權がない場合、自治体は一般秩序官庁として警察（秩序）法上の概括的授權規定に基づき規制権限を行使することになる。しかし、その場合、自治体は、概括的授權規定の適用に伴って遵守することが求められる伝統的な危険法理と、規制手段を用いて事案を処理する目的との間の整合性を如何に保つのかという法の解釈・適用上の難しい課題を背負うことになる。この点は、ケルン市内の路上で行われるカーニバルへのガラス製飲料容器持ち込み等禁止処分の適法性について争われた既述の判例が明確に示しているところでもある。この裁判において、原告は、当該処分が具体的危険の要件を満たしていない点を主たる争点として争い、第一審のケルン行政裁判所も第二審のミュンスター上級行政裁判所も、この争点を中心に審査を行って当該処分の適法性について判断を下した。

警察（秩序）法における概括的授權規定の存在については、今日のドイツでは判例においてもまた学説においても肯定的な評価が支配的であ

(40) ただし、バーデン＝ビュルテンベルク州では、市町村は警察官庁としての地位において権限を有し、それを秩序局の職員に委任するので、警察権限の委任を受けた秩序局の当該職員は警察官と同様の権限をもつことが可能となる。

(41) Vgl. Peters/Rind, Allgemeines Ordnungsrecht – Grundlagen und aktuelle Rechtsfragen, LKV 6(2017), S. 257.

(41)
 る。同様に危険の存在を処分や命令の要件とする授權規定の有り様についても、危険概念の内容の不確定性が問題とされることがあっても、それ自体が正面から批判されることはない。しかし、地域社会に生起する様々な事態に自治体が自主的に対応する必要があるとき、伝統的な危険防除の法理の存在がそれを抑制する方向で機能することも事実としてあり得るという点に留意しておかねばならない。それは、主として、危険法理等の伝統的な危険防除法の法理にみられる自由主義的性格と、危険防除の任務の遂行は州の権限に帰属するという国家警察権の理論との関係で生じてくることになる。自治体は、地域社会に生起する課題にたいして権力的な手法で対処する必要があると判断したにもかかわらず個別法令に当該権限の根拠を見つけない場合にはいつでも警察（秩序）法上の概括的授權規定にその法的根拠を求めることができるというわけではない。州の大臣を頂点とする上級行政機関の監督を受けることを前提としつつ、かつ、個別の状況から判断して危害の発生に至る十分な蓋然性があると確認することができたときにはじめて当該規定を根拠とする措置をとることが認められるのである。

* 私が本学に在職していたときに色々とお世話になった前嶋京子先生に本稿を謹呈させていただきます。